

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I

AIRES JOSE ROVER

FERNANDO GALINDO AYUDA

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito, governança e novas tecnologias I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Aires Jose Rover, Fernando Galindo Ayuda, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas –

Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-337-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Governança. 3. Novas Tecnologias.
I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I

Apresentação

A temática que se discute na presente obra, fruto das atividades realizadas pelo Conselho Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI), em seu XXVI ENCONTRO NACIONAL que ocorreu na UNICURITIBA – PR, entre 07 a 09 de dezembro de 2016, tem como principal foco a discussão sobre o papel da tecnologia e da governança para o Direito, enquanto instrumentos para promover a democracia, a participação social e o aperfeiçoamento das funções dos poderes estatais.

Os trabalhos que foram apresentados no GT Direito, Governança e Novas Tecnologias - I centraram-se especialmente em dimensionar e (re)analisar a importância de novos mecanismos e métodos destinados a promover maior inserção social, bem como aprofundar o debate sobre a observância dos direitos fundamentais num mundo globalizado e efetivamente dominado pelas novas tecnologias. Neste sentido, possibilitou-se um amplo debate sobre como a governança e a tecnologia impactam no acesso à informação e na construção de uma cidadania voltada para a inclusão efetiva do indivíduo na tomada de decisão da res publica.

A correlação entre governança e tecnologia mostra-se imprescindível para examinar em que medida há um maior grau de proteção de direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição, a partir de um viés intrinsecamente vinculado a espaços multidimensionais criados justamente por novos arranjos institucionais advindos de relações juridicizadas. Sobre estes aspectos, versaram os trabalhos de Aline Martins Rospa, Caio Sperandeo de Macedo, Gina Vidal Marcilio Pompeu e Inês Mota Randal Pompeu.

O reforço da governança e da tecnologia como instrumentos para promover maior democracia requer, acima de tudo, que os Estados assumam uma postura transparente com as consequentes responsabilidades básicas para o desenvolvimento humano sustentável e a formação de capital social, criando um ambiente favorável à segurança jurídica.

Ainda, durante a apresentação e debate restou claro como a tecnologia, num ambiente virtual, e até mesmo reconfigurado em formato de “novos mundos” (como é o caso dos avatares), possui uma faceta de importância fundamental para a consolidação de sistemas legais de combate ao crime organizado, cibersegurança, a atuação das agências de inteligência, a partir

de casos fáticos complexos e de decisões judiciais que afetam, em maior ou menor medida, a concepção tradicional das relações jurídicas que ainda se consubstanciam em uma abordagem claramente voltada para a litigância e o embate.

Os trabalhos de Rafaela Bolson Dalla Favera, Rosane Leal da Silva, Kerolinne Barboza da Silva, Handerson Gleber, Wévertton Gabriel Gomes Flumignan, Marli Aparecida Saragiotto Pialarissi, Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi, Juliana Evangelista de Almeida e Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida trouxeram à baila como o ordenamento jurídico nacional e internacional vem tratando aspectos de intrincada complexidade que devem, portanto, ser objeto de atenção por parte dos legisladores e operadores do Direito ao imiscuir-se na seara da proteção de direitos fundamentais, bem como na remodelação de direitos que antes sequer eram reconhecidos, como é o caso do direito ao esquecimento.

A interface governança e tecnologia a permear o Direito, revela-se na totalidade dos trabalhos apresentados, justificando como a interconexão entre ambos os temas merece ser tratada de forma interdisciplinar e coerente, buscando ainda ressaltar o aspecto dinâmico que cerca os temas objeto do painel. Nesta toada, o trabalho de Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Antonio Donizete Ferreira da Silva investiga o papel da tecnologia no reforço da modernização e conseqüente remodelagem do Poder Judiciário, analisando como a tecnologia pode fortalecer o acesso à Justiça em seus distintos aspectos, notadamente no que tange à eficiência, eficácia e efetividade.

Portanto, esta coletânea é produto direto da reunião dos artigos selecionados, cujo escopo é dar a conhecer à comunidade acadêmica as pesquisas relacionadas com a governança e a tecnológica e sua correspondente relação com o Direito. No âmbito do GT foram apresentados 13 trabalhos agrupados por assuntos, a fim de facilitar a compreensão da problemática de cada trabalho durante a apresentação em bloco. As apresentações propiciaram um enriquecedor debate e discussão enfatizando a necessidade de cada vez mais se compreender como a tecnologia contribui para o fortalecimento da governança e, em maior ou menor medida, a necessidade de o Direito efetivamente incorporar ferramentas que permitam uma reordenação do sistema jurídico em prol da segurança, da proteção dos direitos fundamentais, da democracia, da participação popular e do controle social.

As questões aqui analisadas demonstram que o Direito deverá abrir-se a novos horizontes sempre em busca de incrementar e aperfeiçoar o sistema vigente a favor dos direitos do cidadão, ainda que estes sejam exercidos em um ambiente a cada dia mais virtual, razão pela qual recomenda-se vivamente a leitura da presente coletânea que ora se traz à luz para o mundo jurídico.

Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Prof. Dr. Fernando Galindo Ayuda – Universidad de Zaragoza

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – UNINOVE

O DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS A GOVERNANÇA, O DIREITO À INFORMAÇÃO E AS NOVAS TECNOLOGIAS

THE RIGHT TO PRIVACY VERSUS GOVERNANCE, THE RIGHT TO INFORMATION AND NEW TECHNOLOGIES

Gina Vidal Marcilio Pompeu ¹
Inês Mota Randal Pompeu ²

Resumo

Por meio desse artigo analisa-se o avanço dos meios de comunicação que interliga a sociedade e a utilização ilimitada da tecnologia, que corrompe a intimidade em razão da preponderância da ‘sociedade de vigilância’. Observa o conflito entre privacidade e o direito à informação em contraposição às intervenções do Estado de segurança, de governança e de bem estar social. Investiga a ameaça dos cadastros e das redes de informação. A metodologia de abordagem é analítica, empírica e crítica. Adota conceitos jurídicos e doutrinários, verifica empiricamente o confronto entre público e privado, e desenvolve crítica argumentativa diante do sopesamento de valores.

Palavras-chave: Direito à privacidade, Direito à informação, Governança, Novas tecnologias

Abstract/Resumen/Résumé

In this paper it is analyzed the media progress that interconnects society and the unlimited use of technology that corrupts intimacy due to the prevalence of the ‘society of surveillance’. It notes the conflict between privacy and the right to information in contradistinction to the State’s interventions. The methodology approach is analytic, empirical and critic. It adopts legal and doctrinal concepts, verifies empirically the confrontation between public and private, and develops argumentative criticism before the pondering of values.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to privacy, Right to information, Governance, New technology

¹ Doutorado em Direito(UFPE), Mestrado em Direito(UFC) e Graduada em Direito (UFC). Advogada. Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UNIFOR, Consultora jurídica da ALCE.

² Graduada em Direito UFC (2016) e mestranda em Direito Constitucional UNIFOR. Advogada e Pesquisadora do Centro de Estudos sobre América Latina, Relações econômicas, jurídicas e políticas da América Latina. REPJAL.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, vale ressaltar que a segunda metade do Século XX e o início do Século XXI estão marcados pelo signo da informação. Inexorável é o avanço dos meios de comunicação que interliga as sociedades, e faz com que as informações sejam veiculadas na velocidade da luz. Nesse contexto, repensar o homem e sua intimidade, o convívio social e as funções do Estado, em um contexto democrático de direito é dever de todos, e em especial dos constitucionalistas.

Observa-se que para o exercício pleno da democracia é essencial a convivência harmônica entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão, do direito à informação, do direito à imagem e à privacidade, haja vista que o equilíbrio entre eles constitui esteio essencial à tutela e à conservação da dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, para o Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão representa um corolário, elemento caracterizador da vontade e participação popular, haja vista que, na ausência do direito à liberdade de expressão, o regime democrático corre sério risco de sucumbir a regimes ditatoriais.

É nesta seara que a atuação estatal ganha destaque, sendo campo profícuo para teses e antíteses, entre qual o modelo ideal de Estado: mínimo, regulador ou interventor. No Século XXI, fala-se no retorno do Estado Nação na geografia da mundialização. As funções estatais têm alcance na vida econômica, política, social no âmbito das relações coletivas e privadas. A situação de crise econômica e religiosa instaura o discurso a favor do Estado forte, que na visão de Hobbes do Leviatã, com uma mão, controla as questões religiosas e com a outra impõe a ordem por meio da força. Para Hobbes (séc. XVII), o Estado era essencial para garantir segurança aos povos, que por índole, se digladiavam. Dizia Hobbes: “eu e o terror somos irmãos gêmeos”. O autor sentia insegurança e temia os conflitos, as guerras e as invasões. Diante dessa realidade, pregava a necessidade de um Estado forte e soberano, capaz de controlar e organizar os desejos individuais, permitindo o desenvolvimento social. Para o autor, a sociedade só se faz possível com o Estado. (HOBBS, 2002, p.130).

Desde 2001, com a derrubada das Torres Gêmeas em Nova York até o massacre de Nice e a morte do pároco em Rouen em 2016, vive-se em meio ao perigo iminente do terrorismo, instaurado pelo mundo. Por tais razões, a segurança é colocada em primazia por chefes de Estado, o que, muitas vezes, entra em choque com os ditames do constitucionalismo moderno, que se baseava na defesa dos direitos fundamentais,

calçados na dignidade humana, no pluralismo, na liberdade de expressão e comunicação e no direito à privacidade. Essas esferas de direitos fundamentais acabam por serem invadidas em virtude da atuação estatal pautada em maior intervencionismo, que tem como escopo, por uma vertente, a busca por maior segurança, combate ao crime organizado e ao inimigo externo e por outra, a busca por efetivação de políticas públicas de matriz igualitária.

Salienta-se que esse ambiente do Estado forte, interventor, provoca a crise das instituições e altera a emancipação social. Esta requer a efetivação do direito à privacidade e à intimidade, não apenas, em razão do comportamento dos outros membros da sociedade, mas se opõe à atuação do próprio Estado.

Resta aos juristas constitucionalistas, o estudo dos pressupostos do Constitucionalismo contemporâneo fundamentado na soberania nacional, mas também na dignidade humana e na cidadania. O contrato social se faz presente, assim como o direito de resistência, quando as funções estatais são exercidas de modo tirano, por vezes envolto em razões coletivas, mas que ferem de morte o Estado democrático de direito. Lembra-se que a conquista da liberdade resultou de várias revoluções e da sedimentação de idéias de inúmeros cientistas que reverberaram a vontade popular, assim, a defesa da liberdade de expressão e da privacidade na sociedade carece ser revigorada diuturnamente. Esse princípio constitucional determina que não há hierarquia entre os direitos fundamentais previstos na Constituição, sendo assim, como todos gozam do mesmo grau de proteção constitucional, é inevitável a colisão entre eles.

A questão diz respeito a como o intérprete irá solucionar tal embate, quais critérios adotará para chegar à solução justa. Considerando o caráter principiológico dos direitos fundamentais não se faz possível a adoção dos critérios tradicionais para solucionar os conflitos entre regras jurídicas, tais como o hierárquico, cronológico e da especialidade. Com isso, cumpre solucionar o impasse com base na dimensão do peso, e não da validade. Logo, tem-se adotado a técnica do sopesamento. Além disso, destaque-se que a decisão proferida para solucionar o embate precisa ser bem fundamentada em juízos axiológicos, bem como nos que versam sobre a realidade fática.

A metodologia de abordagem no presente artigo é analítica, empírica e crítica. Adotam-se conceitos jurídicos e doutrinários, e nessa vertente, por meio dessa pesquisa verifica-se empiricamente o confronto entre público e privado, e desenvolve-se crítica argumentativa diante do sopesamento de valores. Com base no sopesamento de valores

vai se estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais, levando em consideração as condições fáticas e jurídicas que norteiam o caso concreto. Esta relação de precedência condicionada pode ser justificada através do juízo de proporcionalidade, que se divide em três princípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. (ALEXY, 2006, p. 159-179)

Ao realizar análise dos valores, o intérprete deve visar à máxima efetivação do princípio prevalente, bem como à mínima mitigação possível do princípio preterido, sendo esta a regra de otimização dos princípios. Nessa vertente de pensamento, o presente trabalho tem como objetivo a análise do direito à intimidade e dos conflitos entre as esferas do público e do privado no contexto dos direitos fundamentais, constitucionalmente amparados. Observa casos de empate entre o direito de liberdade de expressão e o direito à privacidade, bem como discute os possíveis parâmetros que possam servir para solucionar a colisão.

I. Intimidade versus poder público

Diante de todo exposto, ressalta-se que falar sobre direito à intimidade no Século XXI exige pensar na intrínseca relação entre o homem, a sociedade e o Estado. O homem para viver em sociedade fez um contrato com o Estado para que lhe garantisse segurança e proteção, e em contrapartida cedeu parte da sua liberdade de ação. A figura do clássico Leviatã povoa a mente ao ver o corpo do Estado formado por homens como escamas e a sua função, manifestada nos braços, seria com uma mão controlar as religiões e com a outra dominar as guerras e garantir segurança por meio da força e do poder de mando.

O contrato social, viver em sociedade e gozar dos benefícios do poder público, exige no Século XXI, que o homem se dispa de conquistas advindas do progresso do Século XIX, dentre eles, do direito à privacidade e à individualidade. A ausência do Estado, a vida feudal, e os prazeres coletivos foram substituídos pela rotina de privações do proletariado e das demandas das condições precárias de trabalho, durante a Revolução Industrial que adentrou o Século XX. O proletariado exigiu mais funções do Estado e requereu a efetivação de direitos sociais. A população do Estado, e não apenas uma classe social favorecida, se posicionou como destinatária de direitos subjetivos e conquistou a transformação das constituições simbólicas, ou “folhas de papel”, (LASSALLE, 2009) com o ingresso do rol de direitos humanos e sociais. Assim, as constituições passaram de meras metas programáticas a conteúdo de exigibilidade judicial.

Vale lembrar o pensamento filosófico de Gustav Radbruch, (1979, p. 146-152) ao analisar as diferenças essenciais entre o liberalismo e a democracia, anota que: “Para a democracia o conceito de igualdade sobrepuja o de liberdade; para o Liberalismo, inversamente, é o de liberdade que sobreleva o de igualdade”, Radbruch continua seu pensamento, determinando que se uma fórmula algébrica fosse empregada, seria possível dizer que a Democracia atribui ao indivíduo um valor finito; já o Liberalismo atribui um valor infinito. Para a primeira o valor do indivíduo é multiplicável, e o da maioria dos indivíduos, portanto, é maior que o da minoria. O valor infinito do indivíduo, segundo o Liberalismo, é, pelo contrário, inigualável a qualquer maioria, por maior que esta seja.

O contrato social do Século XXI, aceita que as funções do Estado tenham acesso a um sem número de informações sobre a população para que possa planejar e administrar bem, mas saber quem controla o uso dos dados e das informações sobre as pessoas passou a trazer inquietações aos homens que perceberam a fragilidade do seu direito à intimidade e à privacidade, agora ameaçados pelas razões públicas.

Refletir sobre o direito à intimidade versus as ações do poder público constitui preocupação de juristas e em especial dos constitucionalistas que, diante da afirmação de que não há hierarquia entre os direitos constitucionais, verificam o confronto entre a Ordem estatal e os Direitos individuais e coletivos, sendo válida a seguinte passagem de Villaverde Menéndez:

Si el derecho a la intimidad es un parte indispensable de la salvaguardia de La dignidad individual, puede que el Estado, en aras de la defensa objetiva de esa dignidad, deba imponerse a la libre disposición individual de la intimidad sujetándola a límites frente a su propio titular. Por un lado, definiendo como íntimo ciertas conductas por mucho que el individuo se niegue a reconocer que así son; y por otro, actuando de oficio invalidando la voluntad del sujeto que hace dejación de su intimidad, imponiendo a terceros el límite al que el propio afectado ha renunciado. (MENÉNDEZ, 2013, p.67-68)

No mesmo sentido, Stefano Rodotà (2008, p. 115) assevera que “a plenitude da esfera pública depende diretamente da liberdade com a qual pode ser construída a esfera privada.” As promessas do Poder Executivo de implementar uma administração eficiente transformam cidadãos em clientes numerados, vigiados e controlados. O governo eletrônico ao tempo em que oferece transparência em suas ações, diminuição da burocracia pode servir ao incremento do exercício da democracia deliberativa, como pode, noutra via, promover a manutenção de governos populistas, que utilizam dos recursos da informação, da tecnologia e mídia para controle e manutenção do poder de mando. (RODOTÀ, 2008, p. 172).

É bem verdade que com o atentado de 11 de setembro de 2001 em Nova York, desencadeou-se uma onda terrorista pelo mundo, marcada por outros massacres, como o de Nice, o de Paris, o da Bélgica, o de Orlando, dentre outros. O fato é que se instaurou o perigo iminente do terrorismo. Diante deste contexto é que a segurança ganhou destaque, bem como passou a ser prioridade pelos governantes, haja vista a demanda da população a favor do Estado Forte, capaz de garantir a paz social – já almejado desde séculos passados e enaltecido por Maquiavel e Thomas Hobbes. Essas razões justificam o intervencionismo estatal com o escopo de proporcionar segurança, assevera que os direitos coletivos são superiores aos direitos individuais. Consta-se a inevitavelmente a colisão entre os fundamentos do constitucionalismo moderno, quais sejam, a defesa dos direitos fundamentais, com base na dignidade humana, no pluralismo, na liberdade de expressão e comunicação e no direito à privacidade.

Ressalte-se que a busca pela tutela da segurança pública por parte dos governos precisa conviver de forma harmônica com a proteção de dados pessoais, haja vista que ambas as esferas possuem sua essencialidade no contexto social e não pode anular uma a outra. Neste contexto, faz-se válido a segurança diante das razões do Estado, nessa linha de pensamento ponderam Pedro Correia e Ines Jesus:

A luta contra as infrações terroristas e outros crimes graves pode certamente ser um motivo legítimo para autorizar o tratamento de dados pessoais. Todavia, para que seja válida, a necessidade da ingerência na vida privada das pessoas deve ser justificada por elementos claros e *indesmentíveis*, e é necessário que o tratamento de dados obedeça ao princípio da proporcionalidade. Este requisito é ainda mais premente no caso de uma ingerência alargada nos direitos de pessoas que constituem um grupo vulnerável com necessidades especiais de proteção, como os requerentes de asilo. (CORREIA; JESUS, 2014, p. 18-30)

A história da América Latina demonstrou a dificuldade da convivência entre a proteção de dados e a tutela da segurança pública. No contexto de ditaduras militares a liberdade de expressão e o poder político são desarmônicos, pois durante estes períodos o Estado tende a centralizar dados e informações para manter controle maior sobre a população, bem como para combater opositores. Nesta seara destaca-se, no Brasil, o SNI – Serviço Nacional de Informação, criado em 1964, que catalogava dados e informações pessoais sobre os cidadãos brasileiros.

Vale lembrar que os agentes responsáveis pelo funcionamento do SNI produziam relatórios versando sobre diversos assuntos, dentre eles, avaliações governamentais e relatórios psicossociais sobre o comportamento das pessoas. Com

isso, é de fácil percepção que o SNI representou um instrumento de forte controle, repressão política e centralização por parte do Estado Ditatorial Brasileiro, vindo a ser extinto apenas em 1990, no governo do ex-presidente Fernando Collor.

O Século XXI vê iniciar a proteção dos direitos humanos com a divulgação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia que dispõe sobre a privacidade, no art.8º, na mesma senda, a proteção de dados pessoais é considerada direito fundamental. Com base nesta previsão legislativa, e com a assinatura de adesão de vários países em 2007, pode-se concluir que os governos reconhecem a relevância, as conseqüências e desafios advindos do desenvolvimento da tecnologia da informação, o que resulta na carência de previsão de dispositivos que protejam os dados pessoais.

O desafio proposto é o de conciliar o direito de privacidade, com as razões de ser da governança. Sabe-se que o governo legítimo e democrático capaz de implementar os princípios da administração pública da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência requer um Estado dotado de governança e governabilidade em grau razoável, e que tome as decisões no interesse de seu povo.¹ Saber fazer escolhas públicas requer aliar a Ordem Econômica aos fins da Ordem social e aos objetivos da República. Exige pautar políticas públicas que tenham como norte os fins de crescimento econômico aliados ao desenvolvimento humano.

2. Direito à intimidade e o direito à informação.

O direito à intimidade vê-se ameaçado diuturnamente, diante do direito à informação. Quem detém a informação controla o poder, em seus diversos matizes, seja o poder econômico, social ou o poder político. A busca por dados, conceitos, opiniões, pela comunicação, marca o final do Século XX e início do Século XXI. O conhecimento, outrora confinado nos mosteiros na Idade Média, mostra-se acessível a todos nas *Lan Houses* dos subúrbios. Nesse diapasão, resta inevitável o choque entre direitos individuais em espécie que carecem de resolução diante de casos concretos, tal qual o direito à informação, versus o direito à imagem e à honra.

Nota-se que até as relações de consumo não se limitam ao pagamento do produto adquirido, elas se fazem acompanhar por uma cessão de informações sobre o comprador. O sujeito além de transferir seu patrimônio ao realizar uma compra, transmite dados e informações a seu respeito. Para Stefano Rodotà (2008, p. 113-114), o

¹BRESSER-PEREIRA. Bom Estado, bom governo. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/works/prefacesreviews/99-PrefacioDror-BomEstado_BomGoverno.pdf>. Acesso em 12.set.2016.

verdadeiro objetivo de se requerer e armazenar dados dos compradores tem o escopo de classificar: “a sociedade da vigilância revela-se, progressivamente, como sociedade da classificação.” Essas informações serão utilizadas para traçar estratégias de vendas de uma empresa, em razão dos produtos e possíveis destinatários.

No que concerne ao conceito de direitos da personalidade, é possível dizer que estes dizem respeito a direitos autônomos inerentes à qualidade do homem, sendo verdadeiros atributos destes, diretamente ligados à dignidade da pessoa humana. Além disso, os direitos de personalidade possuem, no Brasil, guarida constitucional no artigo 5º, X, da CRFB/88, *in verbis*: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” A partir deste inciso é possível afirmar que os direitos da personalidade visam à proteção de alguns direitos específicos, tais como o direito à imagem, à privacidade e à honra das pessoas.

O direito à honra corresponde a um direito inato, natural e universal da pessoa humana e visa à tutela da própria condição humana, protegendo a sua dignidade e integridade moral. Pode-se dizer que a honra aqui tutelada subdivide-se em subjetiva e objetiva. Nesta última, a honra diz respeito à reputação que o indivíduo possui em meio à sociedade a qual está inserido, ao passo que a subjetiva equivale à dignidade pessoal do indivíduo, seu próprio valor moral. O direito em questão possui proteção constitucional, bem como infraconstitucional, pois está disciplinado na esfera penal e civil. Nos artigos 138 a 140 do Código Penal brasileiro se tem a previsão dos crimes contra a honra, quais sejam: injúria, calúnia e difamação. Vale ressaltar o disposto no Código Civil Brasileiro de 2002, artigo 20, *in verbis*:

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.”

Resta controversa a matéria, uma vez, que ao tempo em que se quer preservar o direito à informação e à liberdade de expressão, em outra mão se resguarda a honra e a imagem das pessoas, sujeitos da informação. Bem a pretexto desta, destaca-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia. A referida ADI foi julgada procedente, com isso declarou ser inexigível a prévia

autorização para a publicação de biografias. O voto proferido pela relatora determinou a interpretação conforme a Constituição, aos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002:

Pelo exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, a) em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas); b) reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização.²

A Ministra Relatora Carmen Lúcia destacou que nas hipóteses de violação dos direitos da personalidade há possibilidade de reparação indenizatória, com isso, deve-se proibir “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Nesta seara, faz-se imperioso destacar a seguinte passagem:

A raiz da contenda entre biografado e biógrafo baseia-se no conflito entre dois princípios constitucionais, a liberdade de expressão e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Se, por um lado, os autores têm direito ao exercício livre da profissão e a não terem sua expressão censurada, os biografados também têm direito de preservar sua privacidade, intimidade, honra e imagem. (BAEZ, Narciso; CONCENÇO, Eraldo, 2015, p. 149)

Diante desse contexto, é forçoso destacar, para ilustração, a proteção dos direitos da personalidade *post-mortem*. É bem verdade que de acordo com o Código Civil de 2002, a personalidade jurídica da pessoa natural cessa com o advento da morte. Logo, a partir do momento que o indivíduo falece, desaparece com ele a sua personalidade; por consequência, finda a proteção dos direitos que visam tutelar aquela. Ocorre que diante da possibilidade de violação dos direitos à honra, à privacidade e à imagem de pessoa já falecida, o artigo 12 do Código Civil traz a proteção nestas hipóteses, arrolando os legitimados para exigí-la.

Interessante referir o Caso Cristiano Araújo. O cantor sofreu um grave acidente de carro, o qual resultou na sua morte. Após a tragédia, imagens e vídeos de seu corpo foram espalhados nas redes sociais. Além disso, circulou também um vídeo feito durante o procedimento de autópsia realizado, expondo das mais diversas formas o corpo do cantor. Tal situação teve repercussão nacional, marcada por revolta e indignação pela sociedade. Diante do exposto, é possível perceber o clássico confronto

² ADI n. 4815/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min Carmen Lúcia.

entre direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, quais sejam, de um lado há o direito à liberdade de expressão, ao passo que do outro lado há o direito à imagem e à privacidade.

É importante ressaltar que, mesmo diante da morte, houve de fato clara violação à imagem que ficou do falecido, sendo cabível indenização por danos morais aos seus familiares. Além disso, foi movida uma ação pela família do cantor visando à retirada das referidas imagens. Em sede de liminar, proferida pela 3ª Vara de Família de Goiânia, foi determinado que todas as imagens do corpo do cantor fossem retiradas das páginas da rede social *Facebook* e do *Google*.³ Em agosto de 2016, observa-se que as imagens da morte do cantor ainda podem ser acessadas na rede da internet.⁴

Vale abordar também o caso do jogador de futebol Garrincha. Em virtude da publicação do livro *Estrela Solidária – Um brasileiro chamado Garrincha*, em 1999, as herdeiras do jogador ingressaram em uma batalha judicial contra a Editora Schawarcz com o escopo de obter indenização por danos morais e materiais. Alegaram violação do direito à imagem, à privacidade e à honra de seu falecido pai, bem como afirmaram que se tratava de publicação de biografia sem a prévia autorização da família do jogador. O processo chegou ao Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela legitimidade das filhas para ingressar com a respectiva ação, bem como pelo cabimento de indenização por danos morais:

Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Segundo recurso especial das

³BORGES, Fernanda. Juiz manda tirar do ar imagens do corpo do cantor Cristiano Araújo. **G1 Globo**. Disponível em: < <http://g1.globo.com/goias/musica/noticia/2015/06/juiz-manda-google-e-facebook-tirar-imagens-de-cristiano-araujo-do-ar.html> >. Acesso em: 16 mar.2016.

⁴ Disponível em https://www.google.com.br/search?q=morte+de+cristiano+araujo&biw=1366&bih=643&tbn=isch&imgil=F4SgCbmYXdZSwM%253A%253B6ezIkFRLd_4DyM%253 Acesso em 24agos2016.

autoras não conhecido. Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido.⁵

Já o direito à imagem – atributo e retrato - corresponde a um direito fundamental inerente à dignidade da pessoa humana, tem como escopo zelar o corpo humano e todas as características que se ligam ao indivíduo e os tornam único. De acordo com José Afonso da Silva (2016, p. 211), a imagem do indivíduo é inviolável, e a sua tutela diz respeito ao seu aspecto físico, ou seja, a maneira que a imagem é perceptível diante dos outros. Pode-se afirmar então que a imagem possui um conteúdo específico e próprio, tendo em vista que este irá servir para a identificação do titular da respectiva imagem, pois é através desta que o sujeito se diferencia dentre os outros que compõem a sociedade a qual está inserido.

O direito ora em análise possui previsão constitucional no artigo 5º, V e X, da CRFB/88, assim dispões os incisos -V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; e X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Além disso, possui amparo infraconstitucional, no artigo 20 do Código Civil de 2002. Destaque-se, porém, que o direito de imagem é considerado um direito disponível, haja vista que a imagem da pessoa pode ser licenciada pelo titular a terceiros. Mas isso não se confunde com o uso não-autorizado de imagem, o qual poderá gerar indenizações por danos morais, por exemplo. Ressalte-se, porém que o uso não-autorizado de imagem não corresponde a um instituto absoluto, uma vez que poderá sofrer limitações, como no caso de a pessoa retratada for pública ou quando houver colisão com outros direitos fundamentais, com a ressalva, é claro, de que a limitação ora citada não admite eventuais abusos, pois quando se verificar que a imagem do indivíduo fora violada com o claro intuito de denegrir sua imagem ou quando visar à exploração econômica e financeira da vítima, tais limitações deverão ser atenuadas ou até mesmo afastadas.

Vale lembrar o caso da apresentadora brasileira Daniella Cicarelli, que fora filmada em momentos íntimos com o namorado, à época, em uma praia na Espanha. É incontroverso que um vídeo deste caráter denigre a imagem da apresentadora, bem

⁵STJ REsp 521697 / RJ RECURSO ESPECIAL 2003/0053354-3 . Rel: Min Cesar Asfor Rocha. Data de Julgamento: 16/02/2006, T4 – QUARTA TURMA,.Data de Publicação: DJ 20/03/2006.

como corresponde à ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, a Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de Estado de São Paulo proferiu a seguinte decisão⁶ que ressalta a atividade criminosa de retransmissão de filmagens clandestinas contra a vontade das pessoas:

O Acórdão atentou para um valor fundamental da dignidade humana [art. 1o, III, da CF], optando pela consagração de um enunciado jurídico que estabeleça um basta contra essa atividade criminosa e que se caracteriza pela retransmissão, contra a vontade das pessoas filmadas clandestinamente, de imagens depreciativas e que humilham os protagonistas, seus conhecidos, os parentes e suas futuras gerações. De todas as manifestações que foram emitidas em jornais e revistas, com o sensacionalismo imprudente dos jejunos do direito, não há uma voz que aponte uma boa razão para que a intimidade do casal permaneça devassada, como foi, até porque são cenas delituosas. A quem interessa isso, perguntei, quando relatei o Acórdão, e não foi dada resposta. Não é, que fique bem claro, preocupação com essa ou outra pessoa, notória ou simples, mas, sim, defesa de uma estrutura da sociedade, na medida em que a invasão de predicamentos íntimos constitui assunto que preocupa a todos, até porque a imprevisibilidade do destino poderá reservar, em algum instante, esses maus momentos para nós mesmos ou pessoas que nos são próximas e caras.

Vida privada e intimidade não se confundem, nem podem ser considerados sinônimos, haja vista que possuem uma relação de gênero e espécie, sendo a intimidade mais restrita que a vida privada. Por mais reservada que ela seja, vai apresentar uma faceta pública, sendo certo que esta exposição irá variar de pessoa para pessoa, bem como de acordo com a posição que o indivíduo ocupa na sociedade, pois há casos em que sua vida privada sofrerá uma exposição maior em virtude da atividade exercida por ela.

Um caso simples que pode exemplificar esta variação de parâmetro de aferição do direito à privacidade é o caso de pessoas que se expõem publicamente em virtude da função exercida, tais como: artistas, políticos, figuras públicas em geral. Nesses casos, o direito à privacidade está, sem dúvidas, presente nas respectivas vidas, porém de maneira mais flexível, haja vista a exposição pública inerente às suas atividades.

Pode-se dizer que a intimidade está contida na vida privada, definindo-se aquela como o âmbito reservado a si, sem manifestações no que concerne a terceiros, sendo certo que a vida privada traz sempre uma relação com a sociedade, por mais reservada que ela seja. De acordo com Cláudio Godoy (2015, p. 43), a tutela da

⁶Apelação Cível N°. 556.090.4/4-00. Relator Desembargador Enio Zuliani, Quarta Câmara de Direito privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Publicado em 17/07/2008

privacidade “envolve a garantia de uma esfera de não devassa da vida do indivíduo, mesmo quando exposto às contingências da vida social e profissional.”

Com base nos ensinamentos de José Afonso da Silva, constata-se que a intimidade e a vida privada compõem o direito à privacidade, que corresponde ao direito a ter seu “próprio espaço”, entenda-se, ter assuntos e locais que só dizem respeito a si própria, devendo estar livres da curiosidade e interesse alheios. É incontroverso afirmar que todos têm direito à privacidade, trata-se de direito fundamental com amparo constitucional, porém tal direito poderá ter seu parâmetro variado de pessoa a pessoa, pois vai depender do papel exercido por esta na sociedade, conforme antes explicitado.

O direito à privacidade tem fundamento no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988, que afirma: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Ao passo que na legislação infraconstitucional, o direito ora em análise possui amparo no Código Civil de 2002, no seu artigo 21: “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Verifica-se que no Brasil, as redes sociais passaram a constituir preocupação jurídica, a partir de 2014, assim o artigo 3º, II, da Lei nº 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, prevê a proteção da privacidade como um princípio que norteia o uso da internet no Brasil. Vale destacar a garantia de privacidade e de liberdade de expressão nas comunicações, nesse sentido dispõe o artigo 8º:

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

De acordo com os ensinamentos de Rodotà (2008, p. 17), a privacidade demanda “um tipo de proteção dinâmica, que segue o dado em todos os seus movimentos”, sendo este o resultado “de um processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade - de uma definição original como o direito de ser deixado em paz, até o direito de controle sobre as informações de cada um e de determinar como a esfera privada deve ser construída”.

Diante dos excessos cometidos em nome da liberdade de expressão e do direito à informação, alguns juristas brasileiros como Sérgio Borja, (2013) Newton de Lucca e Daniel Maia (2016, p.131-137) descrevem a necessidade de previsão de uma ação constitucional chamada de Habeas Mídia. Este instituto tem o objetivo de promover a proteção à dignidade humana e de resguardar o patrimônio jurídico indisponível de pessoa física ou jurídica que tenha sofrido ou esteja na iminência de sofrer lesão ocasionada pela mídia. A proposta em pauta sugere emenda constitucional para que o Habeas Mídia seja inserido no texto constitucional brasileiro, bem como uma lei complementar para regulamentar a matéria. A ação de *Habeas Mídia* seria inserida ao lado dos remédios constitucionais, tais quais: *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Segurança e Mandado de Injunção.

Diante desse contexto de duelo entre o direito à intimidade e à privacidade e as diversas manifestações dos direitos de liberdade, Juan Bonilla Sánchez reverbera a favor da intimidade, para o autor esta é:

o ámbito de independencia de una persona frente a los demás, sean particulares o poderes públicos, que asegura la falta de información sobre ella e que le concede la facultad de controlar toda la que le afecta, tanto previa, como posteriormente a su difusión. (BONILLA, 2010, p.171)

Conclui-se que a proteção aos dados pessoais é condição inicial para a fruição dos demais direitos. Essa proteção pauta a agenda a ser desenvolvida pelas tecnologias das comunicações e da informação. Diante do exposto, o homem e seus dados definem agenda do convívio em sociedade e as razões do Estado. O elemento humano não é apenas um número, ele é o sujeito de direito e tem o poder decisório, sobre a priorização dos direitos de personalidade sobre os “fins e interesses coletivos” de utilização de seus dados.

3. Direito à intimidade e as novas tecnologias.

A tecnologia apresenta-se como instrumento facilitador e transformador do modo de viver em uma sociedade, está presente no cotidiano e é utilizada por meio de conhecimento, método ou técnicas que permitem a criação de objetos ou artifícios com o escopo de facilitar ou satisfazer as necessidades humanas. Já a tecnologia da informação permite a difusão da informação por meios artificiais. Nesse diapasão, ela, em si mesma, não é boa nem é má. A tecnologia pode incrementar a produtividade, diminuir os esforços e proporcionar melhor qualidade de vida aos cidadãos, por outro lado, substitui a mão de obra por máquinas e o uso indiscriminado pode ser fator de risco para a sustentabilidade ambiental.

Cumprir lembrar que na sociedade da vigilância, a tecnologia pode ser utilizada para controlar as pessoas, e torna-se assim invasiva. De acordo com Manuel Castells (2005, p.20), a sociedade em rede é formada por uma estrutura social, que tem como base redes operadas por tecnologias de comunicação e informação, tendo-se que as informações são fundamentadas na microeletrônica e nas redes digitais de computadores, que geram e distribuem informações. Com base nisso, percebe-se que na sociedade em rede, as informações se propagam com celeridade, o que corrobora com a efetividade do direito à liberdade de expressão, direito fundamental garantido constitucionalmente.

O espaço cibernético corresponde ao ambiente de comunicação digital, baseada na interação de instrumentos eletrônicos, que ocorre de forma ininterrupta. Sendo definido por Pierre Levy da seguinte maneira:

[...] espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores. Essa definição inclui o conjunto de sistemas de comunicação eletrônicos (aí incluídos os conjuntos de rede hertzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais, pois ela condiciona o caráter plástico, fluido, calculável com precisão e tratável em tempo real, hipertextual, interativo e, resumindo, virtual da informação que é, parece-me, a marca distintiva do ciberespaço. (LEVY, 2000, p.92)

Diante da sociedade de informação vigente nos tempos atuais, é incontroverso que as esferas da intimidade e da vida privada são potencialmente invadidas em função dos meios de comunicação e da fácil e rápida propagação da informação por meio da internet. Além deste fluxo de informações, merecem destaque também os *spams*, que correspondem a mensagens eletrônicas publicitárias não autorizadas ou solicitadas pelo receptor que visam à propaganda de produtos e serviços, sendo o seu envio considerado violação à privacidade, haja vista que a proteção à privacidade do indivíduo deve ser considerada mais importante do que a liberdade de emitir correspondências publicitárias não solicitadas.

Ao final do século XX, observa-se o início do fenômeno da Revolução da Tecnologia da Informação, que deu margem a um novo paradigma tecnológico, o qual se sistematiza com base na tecnologia de informação. Conforme afirma Manuel Castells (2005, p.50) o processo de transformação tecnológica expande-se exponencialmente em razão da capacidade de criar uma interface entre campos tecnológicos mediante uma linguagem digital comum. Assim a informação é gerada, armazenada, recuperada, processada e transmitida. É bem verdade que as revoluções tecnológicas deram origem

ao mundo virtual, além disso, caracteriza-se pela intensidade e penetrabilidade, haja vista que ingressou em “todos os domínios da atividade humana, não como fonte exógena de impacto, mas como o tecido em que essa atividade é exercida”. (CASTELLS, 2005, p. 49)

Neste cenário de revolução e avanços tecnológicos, as novas tecnologias de informação, tais como computadores e sistemas de comunicação, ganham realce, à medida que contribuem de forma incisiva para o desenvolvimento da difusão de conhecimento através do processamento de informações. Sem dúvida com o advento das tecnologias de informação, o mundo está cada vez mais conectado, rompendo os desafios das barreiras físicas e se unificando pelo mundo virtual.

Infelizmente, é sabido que esta unificação em virtude dos avanços tecnológicos não se dá de forma igualitária por todo o mundo, haja vista que muitas localidades ainda se encontram privadas de tais ferramentas de comunicação, o que caracteriza a existência de desigualdade social no que tange ao acesso à tecnologia e à informação. Cumpre ressaltar que a informação é considerada a matéria-prima, pois as tecnologias agem sobre a informação. Verifica-se a penetrabilidade das novas tecnologias, elas interagem com as ações e interesses individuais e coletivos, catalogam dados e repassam na forma de valores a serem seguidos ou refutados. Já a flexibilidade abre portas para reconfigurações no sistema de redes.

Como já foi referido anteriormente, é bem verdade que a liberdade de informação cumpre uma função social na medida em que desempenha papel de formadora de opinião pública. Além disso, essa função foi difundida e maximizada após o advento da Revolução Tecnológica, na qual os meios de comunicação, principalmente o computador, reforçam e garantem que esse papel seja exercido com êxito. Corroborando com esse pensamento, Manuel Castells (2005, p. 361) afirma: “Vivemos em um ambiente de mídia, e a maior parte de nossos estímulos simbólicos vem dos meios de comunicação.”

A comunicação no âmbito global possui como base a rede Internet, haja vista que esta permite uma interlocução de idéias entre diversos grupos de indivíduos, na qual os usuários da rede participam de forma autônoma e ativa, independente de limites territoriais, possuindo voz diante dos outros. É neste sentido, que Liliana Paesani (2013, p. 21), em sua obra Direito e Internet, afirma que a internet “tornou a sociedade efetivamente transparente, possibilitando a qualquer pessoa o acesso a uma quantidade máxima de informações em relação a qualquer aspecto da vida social.”

Pensar na máxima de Aristóteles de que “o homem só ou é um monstro ou é um Deus” na contemporaneidade, é conseguir viver alheio à teia das informações virtuais. Nessa linha de pensamento Além disso, destaque-se a passagem de Castells: “a tecnologia digital permitiu a compactação de todos os tipos de mensagens, inclusive som, imagens e dados, formou-se a rede capaz de comunicar todas as espécies de símbolos sem o uso de centros de controle fazer parte dela, e esse é um preço alto a ser pago”. (CASTELLS, 2005, p. 375-376)

É possível afirmar que a internet possui uma estrutura aberta, haja vista que as informações trocadas entre seus usuários se dão de maneira livre, pois não há prévio controle acerca do conteúdo das comunicações. Com tanta permissividade fica espaço para haver possíveis conflitos na seara da liberdade de expressão e do direito à privacidade, porquanto no ambiente cibernético se apresenta cada vez mais expressivo de usuários disponibilizando seus dados pessoais nas redes, o que contribui para um enfraquecimento na proteção à privacidade dos indivíduos.

Levando em consideração que a internet é marcada por corresponder a um ambiente de total liberdade, tem-se a exigência do anonimato, ou seja, não é possível que se exija a identidade do usuário, pois ele possui o direito de se manifestar sem revelar quem ele realmente é. Neste âmbito de privacidade do espaço cibernético, faz-se imperioso destacar um aspecto bastante polêmico, que é exatamente a existência dos *cookies*, que correspondem aos “absorventes de textos com informações sobre o comportamento dos usuários da rede.” (PAESANI, 2013, p. 39). O problema ocorre quando esses *cookies* coletam informações sobre o uso da rede de algum usuário.

Neste contexto, faz-se oportuno citar o polêmico caso de bloqueio do *Whatsapp*, ocorrido no Brasil em novembro de 2015 e abril de 2016. É sabido que o *Whatsapp* consiste em um aplicativo que permite a troca de mensagens, sendo mundialmente famoso e consolidado. Ocorre que em virtude de uma atualização do programa, o serviço de mensagens aderiu à criptografia das mensagens trocadas pelos seus usuários, ou seja, ao ser enviada por um aparelho de celular, a mensagem sofre uma espécie de “embaralhamento” e só é decodificada ao chegar no telefone do receptor da mensagem, conforme a empresa comunicou: “Quando você manda uma mensagem, a única pessoa que pode lê-la é a pessoa ou grupo para quem você a enviou. Ninguém pode olhar dentro da mensagem. Nem *ciber* criminosos. Nem hackers. Nem regimes opressores. Nem mesmo nós.” Diante disso, tornou-se mais difícil o cumprimento de determinadas ordens judiciais acerca de quebra de sigilo de mensagens.

No final de 2015 foi determinado o bloqueio do *whatsapp* em virtude do não cumprimento de uma ordem judicial referente a uma ação criminal que corre em segredo de justiça. A determinação partiu da 1º Vara Criminal de São Bernardo do Campo. A empresa havia sido notificada em duas ocasiões, porém não cumpriu a determinação requerida pela justiça, com isso o Ministério Público requereu o bloqueio do aplicativo por quarenta e oito horas.

Em outro momento, houve novamente uma determinação judicial objetivando o bloqueio do aplicativo *Whatsapp*. A decisão partiu da Vara Criminal de Lagarto, em Sergipe, proferida pelo juiz Marcel Maia Montalvão, e segundo ele se deu com base no Marco Civil da Internet, atendendo a um pedido de medida cautelar da Polícia Federal, tal pedido se deu em função de a empresa não ter cumprido a decisão que requeria o compartilhamento de informações referentes a uma investigação criminal.⁷

Esse tipo de decisão enseja debate sobre o direito à liberdade de expressão, além disso, não é comum apenas no Brasil, mas também em muitos outros países, nos quais o autoritarismo reina, tais como Arábia Saudita e Irã. O argumento utilizado para requerer a retirada do ar do aplicativo se fundamenta na dificuldade de monitoramento de mensagens em virtude da criptografia adotada pelo *Whatsapp*, o que dificulta, às vezes até impede, o acesso a mensagens pelas agências de segurança. Por outro lado, o aplicativo defende que a criptografia utilizada tem como escopo a preservação da privacidade de seus usuários, bem como visa protegê-los de crimes cibernéticos.

L'enfer, c'est les autres
Huis Clos.
Jean Paul Sartre.

CONCLUSÕES

O excesso da exposição diante dos outros, multiplicado em razão das tecnologias das novas mídias, provoca a sensação de constante cobrança e de vigilância. Ao tempo em que se defende a Liberdade como direito fundamental, o exercício dessa liberdade encontra-se cerceado diante dos diversos fatores. Cada escolha individual no exercício da liberdade repercute em cadastro de dados e classificação. O homem perde a sua privacidade diante do outro, diante do direito à informação que a coletividade

⁷G1GLOBO. WhatsApp é bloqueado no Brasil; empresa recorre da decisão. **G1 Globo**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/usuarios-relatam-bloqueio-do-whatsapp-nesta-segunda-feira.html>> Acesso em: 17 mai.2016.

reivindica, por fim vive em constante julgamento e com a sensação de que o olhar alheio é o inferno, que avassala a individualidade e subjuga a auto-estima.

A preocupação com a liberdade individual cede espaço à inquietação com a ética de liberdade coletiva e sua conseqüente responsabilidade. O Estado Social conquistado no Século XX, aquele que concilia a ordem econômica com a ordem social, carece catalogar as pessoas, numerar, definir, rotular com o objetivo de proporcionar segurança e acesso aos bens públicos à maioria possível de pessoas, destinatária de direitos subjetivos. Na esfera internacional, os direitos humanos pautaram as revoluções burguesas e posteriormente foram reiterados pela Organização das Nações Unidas, no âmbito interno, esses direitos estão previstos inicialmente nos textos constitucionais e posteriormente nas leis infraconstitucionais.

Verifica-se, porém, que o Estado contratado, é movido por meio da vontade política e quando o eleito divorcia-se do eleitor, a finalidade passa a ser a manutenção do poder pelo poder. Nesse contexto, privacidade, intimidade e liberdade não fazem parte dos pilares fundamentais. O uso da informação e dos dados serão utilizados para manipular a população e comprar a sua liberdade de escolha, com o pagamento de parcelas de bem estar. Nesse viés, a mídia e o controle de informações podem contribuir com a manutenção de governos populistas.

Em outra vertente, a rede de informação digital, anárquica tem a capacidade de romper com esse paradigma de dominação; assim como aconteceu no Brasil em 2014, quando uma multidão, em todas as Regiões do país, foi às ruas, manifestar-se contra os gastos de recursos públicos com a Copa de Futebol em detrimento do uso dessas verbas em favor de serviços essenciais como a saúde e os transportes públicos. Vale lembrar, no contexto internacional, o exemplo da onda revolucionária contra a censura e a repressão, ocorrida em 2011 no Oriente Médio e Norte da África, conhecida como Primavera Árabe.

Nesse diapasão, conclui-se afirmando que a liberdade de expressão e o direito de informação são vitais para o processo de tese e de antítese inerente ao homem, à vida em sociedade e para o Estado democrático de Direito. Todas as formas de discriminação, terrorismo, ódio e censura, devem ser combatidos e expurgados. Na esfera pública ou privada, o uso irregular de dados, ou ainda a exacerbação do poder de mando dos órgãos estatais, ambos deverão ser afastados em face do devido processo legal (*a posteriori*). Por fim, a indenização por danos morais à honra e à imagem fará parte da sentença condenatória.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CONCENÇO, Eraldo. Biografias não autorizadas e o direito à privacidade na sociedade de informação in BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, V. (Org.); MARTIN, N. B. (Org.); SANCHEZ, H. N. (Org.). *O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais*. 1. ed. Joaçaba: Editora UNOESC, 2015. v. 1. P. 484.
- BORJA, Sergio. Habeas mídia um limite ao poder. Disponível em www.sergioborja.com.br/site_antigo_ufrgss/habeas%20midia.pdf Acesso em 23 ago.2016.
- BRESSER-PEREIRA. Bom Estado, bom governo. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/works/prefacesreviews/99-PrefacioDror-BomEstado_BomGovernopdf>. Acesso em 12.set.2016.
- CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. A sociedade em rede: do conhecimento à ação política. Disponível em: <<http://biblio.ual.pt/Downloads/REDE.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2016.
- CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; JESUS, Inês Oliveira Andrade de. A proteção de dados pessoais no Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça da União Europeia. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 8, n. 2, p.18-30, ago. 2014.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.
- JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. Segurança x liberdade de expressão: o debate sobre bloqueios de WhatsApp. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2016/05/1766897-seguranca-x-liberdade-de-expressao-o-debate-sobre-bloqueios-de-whatsapp.shtml>> Acesso em: 14 mai.2016.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 8. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Rio de Janeiro: Editora 34, 2000.
- LUCCA, Newton. Habeas mídia previne o jornalismo que denigre a honra. Disponível em <http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100328260/habeas-midia-previne-o-jornalismo-que-denigre-a-honra>. Acesso em 24agos2016.
- MAIA, Daniel. *Liberdade de expressão nas redes sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. La intimidad, ese “terrible derecho” en la era de la confusa publicidad virtual. *Ensin Jurídicu: Journal of Law*, Chapecó, v. 14, n. 3, p.57-72, mar. 2013
- PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução e Prefácios de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado/ Sucessor, 1979.
- RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SÁNCHEZ, Juan José Bonilla. *Persona y derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 2010.
- SARTRE, Jean Paul . *Huis clos- Les mouches*. Paris: Gallimard, 1971.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.